

Confirme le jugement entrepris sous l'émendation que l'adjudication à F.P. des 313 actions de Th.H. moyennant le paiement du prix de 1 EUR l'action est supprimée;

Déboute F.P. du surplus de ses prétentions et compense les dépens des deux instances entre les parties comparantes en degré d'appel, en ce que chaque partie supporte les siens.

(...)

Noot

Rechterlijke toewijzing van aandelen bij schending van een statutair voorkeurecht

Nick Hallemeesch¹

1. INLEIDING – In het bovenstaande arrest buigt het hof van beroep van Luik zich over de vraag of het de aandelen aan de begunstigde van een geschonden statutair voorkeurecht kan of moet toewijzen. Het hof wijst een dergelijke vordering af op grond van de overweging dat de belover van het voorkeurecht de aandelen niet zou hebben verkocht,

indien hij gedwongen zou zijn geweest om het beding na te leven. De contractenrechtelijke kwalificatie van het voorkeurecht (§ 1) en de analyse van de remedies die aan die kwalificatie beantwoorden (§ 2) leiden nochtans tot een andere oplossing (§ 3).

§ 1. KWALIFICATIE VAN VOORKEUR- EN VOORKEUREBEDING

2. VOORWAARDELIJKE VOOROVEREENKOMST – Net zoals bij overdraagbaarheidsbeperkingen in het algemeen, is de inhoud en redactie van voorkeurebedingen in de juridische praktijk bijzonder gevarieerd². Dat betekent dat onderscheiden bedingen, ondanks eenzelfde finaliteit, verschillende rechtsgevolgen kunnen creëren³ en dat een onderscheid tussen voorkeurechten en voorkeurebedingen zich opdringt (*infra*, nrs. 6-7). Desalniettemin kennen zij twee gemeenschappelijke karakteristieke eigenschappen. Zij bereiden een koopovereenkomst voor, maar zijn daarvan te onderscheiden, en vormen bijgevolg “voorovereenkomsten” (B)⁴. De rechten die uit de voorovereenkomsten resulteren, worden echter pas in bepaalde omstandigheden opeisbaar, waardoor er telkens sprake is van een *voorwaardelijke* voorovereenkomst (A).

A. Voorwaardelijke overeenkomst

3. OPSCHORTENDE VOORWAARDE DIE “EXTERN” IS AAN VOOROVEREENKOMST – Voorkeur- en voorkeurebedingen verlenen aan de begunstigde een recht om het goed te kopen, indien de eigenaar de intentie heeft om het goed te vervreemden. Het Franse Hof van Cassatie beschouwt een voorkeurebeding daarom terecht als een verkoopbelofte of koopoptie onder opschortende voorwaarde⁵. Die kwalificatie, die De Page heeft ontwikkeld in het Belgisch recht⁶, wordt in de recente doctrine vaak afgewezen op grond van de overweging dat een voorwaarde geen betrekking mag hebben op een van de constitutieve bestanddelen van de overeenkomst⁷. De toestemming is een constitutief bestanddeel van de verkoopbelofte en zou daarom geen voorwaarde kunnen uitmaken

¹ Assistent Centrum voor rechtsmethodiek, KU Leuven. De auteur bedankt Valerie Withofs voor de interessante gedachtenwisselingen en de nuttige suggesties bij het schrijven van deze bijdrage.

² Zie voor een overzicht: B. TILLEMANS, “Statutaire variaties inzake overdrachtsbeperkingen bij niet-publieke naamloze vennootschappen” in F. BUYSSENS, K. GEENS, H. LAGA, B. TILLEMANS en A.L. VERBEKE (eds.), *Vennootschapsrechtelijke clausules voor het notariaat*, Gent, Larcier, 2011, (255) 316-357.

³ A. MIGNON-COLOMBET, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Parijs, Economica, 2004, 239, nr. 285.

⁴ M. VANWIJCK-ALEXANDRE, “Le pacte de préférence ou le droit de conclure par priorité” in M. VANWIJCK-ALEXANDRE en P. WÉRY (eds.), *Le processus de formation du contrat*, Luik, Larcier, 2004, (133) 141, nr. 5; J. DE VISSCHER, *Le pacte de préférence*, Brussel, Bruylant, 1938, 13.

⁵ Cass. fr. civ. 16 maart 1994, *D.* 1994, 486, noot A. FOURNIER en *Defrénois* 1994, 1164, noot L. AYNÈS; Cass. fr. civ. 13 maart 1979, *D.* 1979, 546, noot J.L. AUBERT. Zie ook: Aix 28 november 1949, *JCP* 1950, 5417; D. BERT, “Substitution du bénéficiaire d'un pacte de préférence dans les droits du tiers acquéreur” (noot onder Cass. fr. civ. 14 februari 2007), *JCP* 2007, afl. 31-35, nr. 10143, (26) 28; S. PRAT, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Parijs, Litec, 1992, 173; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, Parijs, LGDJ, 1979, 18-20; G. RIPERT en J. BOU-LANGER, *Traité de droit civil*, III, Parijs, LGDJ, 463, nr. 1368; G. MARTY en P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Sirey, 1962, 97, nr. 112.

⁶ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1934, 438, nr. 505, vn. 2. Zie ook: M. GEVERS, “Examen de jurisprudence. Les contrats spéciaux (1949 à 1952)”, *RCJB* 1953, (301) 303, nr. 2; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1960, 71; P. HARMEL, *Théorie générale de la vente. Droit commun de la vente in Rép.not.*, Brussel, Bruylant, 1985, 126, nr. 78.

⁷ Zie in verband met die voorwaarde: M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, “Voorwaarde” in *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Kluwer, losbl., nr. 18; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 2007, 6-7, nr. 8.

van die overeenkomst, waardoor het voorkeurecht zou moeten worden gekwalificeerd als een “eventueel recht”⁸. Die redenering gaat echter voorbij aan het onderscheid tussen de voorovereenkomst en het koopcontract, die twee juridisch zelfstandige overeenkomsten vormen⁹. De toestemming die een onderdeel uitmaakt van de voorwaarde waaronder de voorovereenkomst wordt aangegaan, heeft geen betrekking op het sluiten van die voorovereenkomst, maar wel op het sluiten van een latere koopovereenkomst¹⁰. De intentie om een koopovereenkomst te sluiten, is bijgevolg “extern” aan de voorovereenkomst en kan daarom een geldige voorwaarde uitmaken van die overeenkomst, die vervolgens aan de begunstigde een bijzonder recht verleent ten aanzien van de koopovereenkomst¹¹. Ook het Nederlands recht beschouwt voorkeurecht en voorkeurrechten terecht als voorwaardelijke rechten¹². Het valt bijgevolg niet in te zien waarom het Belgische Hof van Cassatie, in tegenstelling tot de lagere rechtspraak¹³, deze kwalificatie zonder motivering heeft afgekeurd¹⁴. De stelling dat een voorkeurecht louter een verbintenis om iets niet te doen creëert, met name de ver-

bintenis om niet te contracteren met een derde¹⁵, is overigens onverzoenbaar met de *quasi* unaniem aanvaarde stelling dat de rechter het goed aan de begunstigde kan toewijzen indien de belover een voorkeurecht schendt (*infra*, nr. 13).

4. GEEN ZUIVER, MAAR EENVOUDIG POTESTATIEVE VOORWAARDE – Anders dan wat soms wordt aangenomen¹⁶, stuit de kwalificatie als voorwaardelijke overeenkomst niet op het verbod van zuiver potestatieve opschortende voorwaarden (art. 1174 BW). De opschortende voorwaarde waaronder de voorkeurecht en voorkeurrechten bedongen worden, is immers een eenvoudig potestatieve voorwaarde¹⁷, *i.e.* een voorwaarde die deels in de macht van de schuldenaar ligt, maar ook afhangt van de wil van niet nader bepaalde derden¹⁸. Het is immers slechts mogelijk om de voorkeur te geven aan de begunstigde, indien ook minstens een andere partij de intentie heeft om het betrokken goed te verwerven¹⁹. De kwalificatie van het voorkeurecht als een voorovereenkomst onder de opschortende voorwaarde dat de belover wenst te verkopen en een derde wenst te kopen, sluit in dat opzicht aan bij

8. M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, “Voorwaarde” in *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Kluwer, losbl., nr. 36; B. TILLEMANN, “Statutaire variaties inzake overdrachtsbeperkingen bij niet-publieke naamloze vennootschappen” in F. BUYSENS, K. GEENS, H. LAGA, B. TILLEMANN en A.L. VERBEKE (eds.), *Vennootschapsrechtelijke clausules voor het notariaat*, Gent, Larcier, 2011, (255) 317, nr. 112; A. COIBION, *Les conventions d'actionnaires en pratique*, Brussel, Larcier, 2010, 60, nr. 86; A. VAN OEVELEN, “De juridische kwalificatie van een beding van voorkeur” (noot onder Cass. 24 januari 2003), *RW* 2005, (707) 709; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, “Le pacte de préférence ou le droit de conclure par priorité” in M. VANWIJCK-ALEXANDRE en P. WÉRY (eds.), *Le processus de formation du contrat*, Luik, Larcier, 2004, (133) 145, nr. 9; B. TILLEMANN, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 275; P. DE WOLF en B. FERON, “Les conventions d'actionnaires. Une évolution inachevée”, *DAOR* 1991, afl. 21, (29) 33; P. VAN OMME-SLAGHE, “Les conventions d'actionnaires en droit belge”, *RPS* 1989, (289) 298.
9. Rb. Kortrijk 16 februari 1950, *JT* 1952, 557 (“il faudra considérer le pacte de préférence et la convention principale, à l'occasion de laquelle le pacte a été conclu, comme deux conventions indépendantes susceptibles d'avoir des sorts différents.”)
10. In dezelfde zin: D. MAINGUY, “Annulation et substitution: les deux mamelles de la préférence?” (noot onder Cass. fr. 26 mei 2006), *D.* 2006, (1864) 1865, nr. 6 (“Cette confusion est regrettable dans la mesure où le consentement à la promesse unilatérale ne peut pas être confondu avec le consentement à la vente.”).
11. De belover die het goed uiteindelijk niet wenst te verkopen, is geen schuldenaar die de vervulling van de voorwaarde verhindert in de zin van art. 1178 BW, vermits dat artikel vereist dat de daad van de schuldenaar een fout uitmaakt (Cass. 8 september 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 24).
12. Y.G.B. WEISSMANN, “Art.6:219” in *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Deventer, Kluwer, losbl., nr. 119; N.E.V. VAN NISPEN TOT SEVENAER-BERGER, “Kooptie, voorkeursrecht van koop of voorkeurecht?”, *T.Huur.* 2005, 21. Ook in Duitsland beschouwt men het voorkeurecht als bijzondere vormen van optierechten: F. FAUST, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, § 463, nr. 6; M. CASPER, *Der Optionsvertrag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, 62-64; K. SCHURIG, *Das Vorkaufsrecht im Privatrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, 65 en 84.
13. Gent 25 april 1974, *RW* 1974-75, 426; Brussel 23 januari 1933, *Pas.* 1934, II, p. 63; Rb. Brussel 9 april 1991, *JT* 1991, 620; Rb. Dendermonde 17 januari 1973, *RW* 1973-74, 387.
14. Cass. 24 januari 2003, *RW* 2005, 707, noot A. VAN OEVELEN.
15. Cass. 24 januari 2003, *RW* 2005, 707, noot A. VAN OEVELEN; Rb. Kortrijk 14 juli 1955, *Pas.* 1955, III, p. 51; Rb. Kortrijk 16 februari 1950, *JT* 1952, 557.
16. B. TILLEMANN, “Statutaire variaties inzake overdrachtsbeperkingen bij niet-publieke naamloze vennootschappen” in F. BUYSENS, K. GEENS, H. LAGA, B. TILLEMANN en A.L. VERBEKE (eds.), *Vennootschapsrechtelijke clausules voor het notariaat*, Gent, Larcier, 2011, (255) 317, nr. 112; J. DEWEZ, “Le régime du pacte de préférence et les sanctions de sa violation: nouvelles perspectives”, *TBBR* 2008 (429) 431, nr. 7; A. VAN OEVELEN, “De juridische kwalificatie van een beding van voorkeur” (noot onder Cass. 24 januari 2003), *RW* 2005, (707) 709.
17. Rb. Brussel 9 april 1991, *JT* 1991, 620; P. HARMEL, *Théorie générale de la vente. Droit commun de la vente in Rép.not.*, Brussel, Bruylant, 1985, 126, nr. 78. Anders: Brussel 23 januari 1933, *Pas.* 1934, II, p. 63 (“engagé sous une condition non purement facultative, mais mixte”).
18. Gent 25 april 1974, *RW* 1974-75, 426; Brussel 23 januari 1933, *Pas.* 1934, II, p. 63; Rb. Brussel 9 april 1991, *JT* 1991, 620; P. HARMEL, *Théorie générale de la vente. Droit commun de la vente in Rép.not.*, Brussel, Bruylant, 1985, 126, nr. 78; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1934, 438, nr. 505, vn. 2. In Frankrijk acht men de voorwaarde niet zuiver potestatief omdat de belover door de omstandigheden kan worden gedwongen om het goed te verkopen: G. RIPERT en J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, III, Parijs, LGDJ, 463, nr. 1368 (“la condition n'est pourtant pas considérée comme purement potestative, car il peut y être obligé par les circonstances”) met verwijzing naar Aix 28 november 1949, *JCP* 1950, 5417. Zie in verband met het begrip “eenvoudig potestatieve voorwaarde”: M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, “Voorwaarde” in *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Kluwer, losbl., nr. 62; S. STIJNS, *VERBINTENISSENRECHT*, II, Brugge, die Keure, 2007, 19, nr. 23.
19. G. PILLET, “Préemption et retraits” in *Répertoire de droit civil*, Parijs, Dalloz, 2010, nr. 97. De belover heeft een accessoire verbintenis om aan de begunstigde mee te delen dat de voorwaarde in vervulling is gegaan. Zie in dat verband: A. MIGNON-COLOMBET, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Parijs, Economica, 2004, 239, nr. 285; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, “Le pacte de préférence ou le droit de conclure par priorité” in M. VANWIJCK-ALEXANDRE en P. WÉRY (eds.), *Le processus de formation du contrat*, Luik, Larcier, 2004, (133) 157, nr. 22.

de Duitse regeling van het voorkooprecht, waarbij de uitoefening van het recht pas mogelijk is nadat de overeenkomst met de derde effectief tot stand is gekomen (§ 463 BGB).

B. Voorovereenkomst

5. **ONDERSCHIED NAARGELANG WILSRECHT OF VORDERINGSRECHT WORDT TOEGEKEN** – De voorovereenkomst kent verschillende verschijningsvormen, waarbij een onderscheid moet worden gemaakt naargelang de substantiële en essentiële elementen van de later te sluiten overeenkomst – de hoofdovereenkomst – al dan niet reeds zijn overeengekomen. Indien dat het geval is, kan de hoofdovereenkomst tot stand komen door de eenzijdige wilsuitering van een van de partijen en betreft het een optieovereenkomst (*Optionsvertrag*). Indien dat niet het geval is, vereist de totstandkoming van de overeenkomst echter een bijkomend akkoord over het ontbrekende essentiële of substantiële element en betreft het een “*pactum de contrahendo*” of contractbelofte, in Duitsland een “*Vorvertrag*” genoemd²⁰. De contractbelofte is een type voorovereenkomst waarbij een of meer partijen zich ertoe verbinden om een andere overeenkomst, de hoofdovereenkomst, tot stand te brengen²¹. De rechtsgevolgen van het optiecontract en van de contractbelofte zijn verschillend²²,

wat ook de rechtspositie van de begunstigde bepaalt. In het eerste geval beschikt die over een “wilsrecht” (*droit potestatif; Gestaltungsrecht*)²³ om eenzijdig het te sluiten contract tot stand te brengen²⁴. In het tweede geval beschikt de begunstigde over een vorderingsrecht, waaraan een verbintenis beantwoordt om het contract tot stand te brengen²⁵. In de mate dat het te sluiten contract nog een akkoord over een van de hoofdbestanddelen vereist – en de belover zijn toestemming rechtens kan weigeren – is de begunstigde minder zeker over de uiteindelijke totstandkoming van het contract. De verplichting om contracten te goeder trouw uit te voeren, beperkt evenwel de mogelijkheid van de belover om redelijke voorstellen te weigeren²⁶.

6. **VOORKOOPRECHT IS VOORWAARDELIJK OPTIERECHT (WILSRECHT)** – Het onderscheid tussen het optiecontract en de contractbelofte zet zich voort met betrekking tot voorkoop- en voorkeurbedingen²⁷. De rechtsgevolgen van die bedingen verschillen immers naargelang de prijs van het goed – een van de essentiële elementen van de te sluiten hoofdovereenkomst (art. 1591 BW) – al dan niet bepaald of bepaalbaar is op het ogenblik dat de voorwaarde in vervulling gaat. Om die reden maken het Nederlands recht en het Duits recht een onderscheid tussen het voorkooprecht of “*Vorkaufsrecht*” enerzijds en het voorkeurrecht of “*Vor-*

²⁰ Zie bv. in verband met “*promesse de société*”: R.B. GOUDET, “Consentement des parties – Promesse de société”, *Jurisqueur – Sociétés traité*, Fasc. 7-30, 2012, nr. 13.

²¹ K. LARENZ en M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, Beck, 2004, 425-426, § 3, nrs. 100-16; C. ASSER en A.S. HARTKAMP, *Verbindenissenrecht*, II, *Algemene leer der overeenkomsten in Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer, Tjeenk Willink, 2001, 65, nr. 74; N.R. HERZOG, *Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999, 94-96, nrs. 168-171; B. WABNITZ, *Der Vorvertrag in rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Betrachtung*, Münster, 1962, 3; J. GOUDEKET, *Afspraken tot het sluiten van overeenkomsten (pacta de contrahendo)*, Amsterdam, de Bussy, 1906, 11. Van een dergelijke contractbelofte is niet enkel sprake wanneer het akkoord over een van de bestanddelen ontbreekt, maar ook wanneer het te sluiten hoofdcontract een plechtig karakter heeft, zoals de voorovereenkomst tot oprichting van een naamloze vennootschap (“*promesse de société ne vaut société*”), zie Lyon 22 februari 1899, *D.* 1900, 369, noot L. LACOUR; A. MIGNON-COLOMBET, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Parijs, Economica, 2004, 186, nr. 213; F.K. BUIJN, *De oprichting van de NV en de BV*, Deventer, Kluwer, 1984, 5; F. VAN DER MENSBRUGGHE, noot onder Kh. Brussel 20 juli 1951, *RPS* 1956, (36); C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, I, Brussel, Polydore Pée, 1933, 282, nr. 447.

²² WABNITZ: “*Von den in demselben zeitlichen Stadium der Vertragsentwicklung vorkommenden Rechtsfiguren, der Punktation und der Option, unterscheidet sich der Vorvertrag teils durch seine Vertragsnatur, teils dadurch, daß der Berechtigte nicht wie bei der Option ein Gestaltungsrecht hat, kraft dessen er durch seine einseitige Erklärung den Hauptvertrag zur Entstehung bringen kann, sondern nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Vertragspartner auf Abgabe der Hauptvertragsofferte erhält.*”, zie B. WABNITZ, *Der Vorvertrag in rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Betrachtung*, Münster, 1962, 3. Zie ook: K. LARENZ en M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, Beck, 2004, 425-426, § 3, nrs. 100-16; N.R. HERZOG, *Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999, 94-96, nrs. 168-171. Zie ook voor Nederland: C. ASSER en A.S. HARTKAMP, *Verbindenissenrecht*, II, *Algemene leer der overeenkomsten in Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer, Tjeenk Willink, 2001, 66, nr. 74.

²³ Zie in verband met dit begrip: W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Brussel, Bruylant, 1987, 88; W. VAN GERVEN, *De overheid in het verbintenissenrecht. Hoe blauw is het bloed van de prins?*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 11; V. WITHOFS, “Ontbindingsbevoegdheid na cessie van schuldvordering” (noot onder Kh. Brussel 18 oktober 2012), *DAOR* 2013, (77) 82; E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 364, nr. 614; S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)?”, *JT* 1990, (33) 36; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, Parijs, LGDJ, 1979, 462-466; P. VAN OMMESLAGHE, “Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi” (noot onder Cass. 10 september 1971), *RCJB* 1976, (303) 313.

²⁴ België: V. WITHOFS, *Contractoverdracht*, doctoraatssthesis rechten, KU Leuven, 2015, nr. 128; V. WITHOFS, “Overdraagbaarheid van opties” in B. TILLEMANS, A.L. VERBEKE en N. PORTUGAELS, *Knelpunten Opties*, Antwerpen, Intersentia, (49) 65. Nederland: C. ASSER en J. HJMA, *Bijzondere overeenkomsten. Koop en ruil*, Zwolle, Tjeenk Willink, 2013, nr. 184. Frankrijk: A.S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, Parijs, LGDJ, 2005, 326, nr. 565; I. NAJJAR, *Le droit d'option: contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Parijs, LGDJ, 1967, 21-22; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, Parijs, LGDJ, 1979, 461, nr. 507. Duitsland: M. CASPER, *Der Optionsvertrag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, 62-64; K. SCHURIG, *Das Vorkaufsrecht im Privatrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, 65 en 84.

²⁵ B. WABNITZ, *Der Vorvertrag in rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Betrachtung*, Münster, 1962, 3.

²⁶ Vgl. met de goede trouw bij het voorkooprecht: Cass. 24 januari 2003, *RW* 2005, 707, noot A. VAN OEVELEN.

²⁷ Zo maakt Nelissen Grade ook het onderscheid tussen “twee hypothesen”: J.M. NELISSEN GRADE, “Goedkeurings- en voorkoopclausules in de naamloze vennootschap. Overeenkomsten betreffende de uitoefening van het stemrecht” in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, Kalmthout, Biblo, 1992 (53), 69-70, nr. 29; B. FERON, “Les conventions d'actionnaires après la loi du 13 avril 1995”, *TBH* 1996, (674) 676-677. Vgl. met Frankrijk: A. MIGNON-COLOMBET, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Parijs, Economica, 2004, 239, nr. 285.

hand” anderzijds²⁸. Bij een voorkooprecht (*droit de préemption*) is de prijs van het goed bepaald of bepaalbaar, waardoor er sprake is van een eenzijdige optieovereenkomst onder opschortende voorwaarde²⁹. Het optierecht wordt dan (retroactief) opeisbaar bij het vervullen van de voorwaarde en de koopovereenkomst komt tot stand indien en op het ogenblik dat de begunstigde de optie licht³⁰. De bepaalbaarheid van de prijs kan bijvoorbeeld steunen op de verwijzing in het contract naar het bod van een derde (*right of first refusal*)³¹. Een bijzonder type van voorkooprecht is het wettelijke “naastingsrecht”. Dat is een wettelijk of conventioneel recht³² van de begunstigde om in de plaats gesteld te worden van de derde met wie reeds een overeenkomst is gesloten. Een voorbeeld is het wettelijk voorkooprecht van de pachter (art. 47 j° 51 pachtwet). In het Duitse recht is elk voorkooprecht in beginsel een naastingsrecht (§ 463 BGB).

7. **VOORKEURRECHT IS VOORWAARDELIJKE CONTRACTBELOFTE (VORDERINGSRECHT)** – Bij een voorkeurrecht (*pacte de préférence*) is de prijs van het goed noch bepaald, noch bepaalbaar, waardoor de belover louter een verbintenis heeft om het goed aan de begunstigde *aan te bieden*³³. Dat heeft

bijvoorbeeld tot gevolg dat de belover, onder voorbehoud van rechtsmisbruik, een aanbod van de begunstigde mag weigeren, om vervolgens een lager bod van een derde te aanvaarden. Een dergelijk “*right of first offer*” wordt daarom best gekoppeld aan een accessoire verbintenis van de belover om het goed binnen een bepaalde termijn niet aan een derde te verkopen tegen een lagere prijs. Op die manier vermijden de partijen dat de belover het beding omzeilt, zonder dat de begunstigde evenwel de mogelijkheid verkrijgt om eenzijdig het contract tot stand te brengen. Daaruit blijkt ook terug duidelijk het verschil met een voorkooprecht: de belover van een voorkooprecht heeft immers reeds – weliswaar onder voorwaarde – zijn toestemming gegeven en kan hierop niet terugkomen, zelfs al krijgt hij een hoger bod van een derde³⁴. Hoewel de Belgische rechtsleer het onderscheid tussen het voorkooprecht en het voorkeurrecht als overbodig beschouwt³⁵, is het te verkiezen om net zoals in Nederland en Duitsland dit onderscheid wel te maken³⁶. De verschillende aard van de rechten die uit de clausules resulteren – voorwaardelijke optie (wilsrecht) *c.q.* aanbiedingsverbintenis (vorderingsrecht) – beïnvloedt immers in grote mate de sancties op de niet-naleving van het beding (*infra*, nrs. 11-13).

§ 2. SANCTIES OP NIET-NALEVING VAN HET VOORKOOP- EN VOORKEURBEDING

8. **ZAKELIJK RECHT VAN DERDE IS TEGENSTELBAAR AAN BEGUNSTIGDE** – Uit het voorgaande volgt dat indien de belover zijn intentie om te verkopen kenbaar maakt, de begunstigde van een voorkooprecht door zijn eenzijdige

wilsuiting het goed verwerft tegen de in of krachtens de overeenkomst bepaalde *c.q.* bepaalbare prijs. De belover kan echter de totstandkoming van het contract met de begunstigde in het gedrang brengen door het goed te verkopen aan

28. Nederland: C. ASSER en J. HJMA, *Bijzondere overeenkomsten. Koop en ruil*, Zwolle, Tjeenk Willink, 2013, nrs. 188-189; Y.G.B. WEISSMANN, “Art. 6:219” in *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Deventer, Kluwer, losbl., nr. 119; N.E.V. VAN NISPEN TOT SEVENAER-BERGER, “Kooptie, voorkeursrecht van koop of voorkooprecht?”, *T.Huur*, 2005, 21. Duitsland: F. FAUST, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, § 463, nr. 5; M. CASPER, *Der Optionsvertrag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, 83-84; D. HENRICH, *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag. Eine dogmatisch-systematische Untersuchung der vertraglichen Bindungen vor und zu einem Vertragsschluß*, Berlin, De Gruyter, 1965, 311. Dit onderscheid wordt ook in België gemaakt, hoewel er verschillen bestaan tussen de opvattingen van verschillende auteurs. Zie bv.: J. BYTTEBIER, “Het conventioneel voorkeur- en voorkooprecht” in A. VERBEKE, J. VERSTRAETE en L. WEYTS (eds.), *Facetten van ondernemingsrecht. Liber amicorum Professor Frans Bouckaert*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2000, (119) 120-121.

29. I. NAJJAR, *Le droit d'option: contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Parijs, LGDJ, 1967, 154 en 156. Zie ook de verwijzingen in vn. 5 en 6.

30. Gent 12 november 2009, *T.Not.* 2010, 254. Zie over het lichten van een optie in het algemeen: Cass. 12 december 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 336 (“Door de eenzijdige verkoopbelofte is de belovende partij op onherroepelijke wijze verplicht de verkoop uit te voeren als de begunstigde te kennen geeft dat hij het goed wil verwerven, op voorwaarden dat de partijen zich hebben willen verbinden en akkoord gaan omtrent de te verkopen zaak en de prijs die door de begunstigde moet worden betaald.”)

31. Zie bv.: Gent 12 november 2009, *T.Not.* 2010, 254 (“voorkeurrecht tot aankopen aan de prijs van de meest biedende”).

32. Een conventioneel naastingsrecht kan worden geconstrueerd door in de overeenkomst met de derde een ontbindende voorwaarde op te nemen. De begunstigde kan het “naastingsrecht” dan ontleen aan hetzij een eigen overeenkomst met de belover, hetzij een beding ten behoeve van een derde in de koopovereenkomst.

33. Zie bv.: Gent 25 april 1974, *RW* 1974-75, 426 (“het recht hebben deze aanpalende eigendom eerst over te nemen of aan te kopen volgens de waarde onder de belanghebbende partijen overeenkomstelijk vast te stellen of door een schatter wederzijds te benoemen”); Rouen 9 december 1999, *RJDA* 2000, nr. 669. Zie voor een andere invulling van het begrip “voorkeurrecht”: A. COIBION, *Les conventions d'actionnaires en pratique*, Brussel, Larcier, 2010, nr. 85.

34. Gent 12 november 2009, *T.Not.* 2010, 254.

35. J. PATTYN, *Aandeelhoudersovereenkomsten. Overdrachtsbeperkingen en stemafspraken in een niet-publieke nv*, Brussel, Larcier, 2012, 61, nr. 81. Zie ook impliciet, waarbij voorkooprecht en voorkeurrecht als synoniemen worden gehanteerd: B. TILLEMANN, “Statutaire variaties inzake overdrachtsbeperkingen bij niet-publieke naamloze vennootschappen” in F. BUYSSENS, K. GEENS, H. LAGA, B. TILLEMANN en A.L. VERBEKE (eds.), *Vennootschapsrechtelijke clausules voor het notariaat*, Gent, Larcier, 2011, 255-357; D. WILLERMAIN, “Les pactes d'actionnaires: principes fondamentaux – Clausules relatives à l'exercice du pouvoir”, *DAOR* 1999, afl. 6, (5) 6; D. PHILIPPE, “Les conventions relatives à la cessibilité des titres”, *DAOR* 1998, afl. 45, (21) 32; B. FERON, “Les conventions d'actionnaires après la loi du 13 avril 1995”, *TBH* 1996, (674) 677.

36. Zie bv.: J. BYTTEBIER, “Het conventioneel voorkeur- en voorkooprecht” in A. VERBEKE, J. VERSTRAETE en L. WEYTS (eds.), *Facetten van ondernemingsrecht. Liber amicorum Professor Frans Bouckaert*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2000, (119) 120-121.

de derde. Indien de begunstigde zijn recht van voorkoop reeds heeft uitgeoefend, dan is laatstgenoemde eigenaar geworden en kan hij het goed in beginsel revindiceren³⁷. Dat geldt echter niet wanneer de belover het goed vervreemdt zonder de begunstigde in de mogelijkheid te stellen om de optie te lichten of het goed vervreemdt alvorens de uitoefeningsperiode verstreken is³⁸. Dat is evenmin het geval wanneer de belover een voorkeurrecht heeft geschonden. In beide gevallen kan de derde immers zijn zakelijk recht doen gelden ten opzichte van de begunstigde, die als optiehouder of als titularis van een vorderingsrecht geen volgrecht heeft³⁹. De begunstigde kan in dat geval echter niet enkel een schadevergoeding vorderen. Onder bepaalde voorwaarde kan de rechter de koopovereenkomst met de derde nietig verklaren (A), alsook het goed waarop het voorkeur- of voorkooprecht betrekking heeft aan de begunstigde toewijzen (B).

A. Nietigverklaring van koopovereenkomst met derde

9. DERDE-MEDEPLICHTIGHEID AAN CONTRACTBREUK – Een eerste mogelijkheid betreft het geval waarin de derde zich schuldig maakt aan derde-medeplichtigheid aan contractbreuk. Door te contracteren met de belover heeft de derde immers hetzij het lichten van de optie door de begunstigde, hetzij de nakoming van de aanbiedingsverbintenis door de

belover verhinderd⁴⁰. Indien voldaan is aan de voorwaarden van derde-medeplichtigheid⁴¹, kan de nietigheid van de overeenkomst worden uitgesproken⁴². Dat is een toepassing van het herstel in natura⁴³, dat algemeen aanvaard wordt bij buitencontractuele aansprakelijkheid.

10. BESCHIKKINGSONBEVOEGDHEID EN ONOVERDRAAGBAARHEID – Een tweede mogelijkheid betreft het geval waarin de verkoper onbevoegd was om aandelen te vervreemden. Bevoegdheidsbeperkingen zijn in beginsel immers aan derden tegenstelbaar⁴⁴. Contractuele bepalingen die de overdraagbaarheid van een goed verbieden of beperken, begrenzen de formele vervreemdingsbevoegdheid van de eigenaar echter niet⁴⁵. Dat zou immers strijdig zijn met het *numerus clausus*-beginsel bij zakelijke rechten. Contractuele overdraagbaarheidsbeperkingen hebben als “externe modaliteiten” een louter verbintenisrechtelijke werking. Een en ander moet evenwel worden genuanceerd indien het een schuld, schuldvordering of contract betreft. Dergelijke “goederen” hebben immers geen natuurlijke zelfstandigheid en “hebben geen ander bestaan dan een ‘gelden’ tussen de partijen”⁴⁶. Contractuele bepalingen die de overdracht van het contract, de schuld of de schuldvordering uitsluiten (*pacta de non cedendo*) of begrenzen, zijn geen externe modaliteiten, maar bepalen rechtstreeks de inhoud van de genoemde “goederen” en binden daarom eenieder⁴⁷. Deze theorie is van toepassing op statutaire overdrachtsbeperkingen, vermits

³⁷ L. CORNELIS en A. MAERTENS, “De koop-verkoopbelofte: optie met de bluts en de buil”, *Not.Fisc.M.* 2004, (27) 39, nr. 35.

³⁸ Cass. 27 april 2006, *Arr.Cass.* 2006, 993, *RW* 2009-10, 236 en *TBBR* 2008, 507, noot J. DEWEZ; Rb. Brussel 9 april 1991, *JT* 1991, 620; Rb. Mechelen 27 maart 1990, *Pas.* 1990, III, p. 115. Zie met betrekking tot de optie in het algemeen: Cass. 12 december 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 336 (“voor het uitoefenen van de aankoopoptie verleent de verkoopbelofte aan de begunstigde geen enkel recht op de beloofde zaak”).

³⁹ E. SCHLUMBERGER, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, Parijs, Dalloz, 2013, 401, nr. 459; M. GEVERS, “Examen de jurisprudence. Les contrats spéciaux (1949 à 1952)”, *RCJB* 1953, (301) 304, nr. 2.

⁴⁰ Zie voor toepassingen in de rechtspraak: Cass. 27 april 2006, *Arr.Cass.* 2006, 993, *RW* 2009-10, 236 en *TBBR* 2008, 507, noot J. DEWEZ; Gent 12 november 2009, *T.Not.* 2010, 254; Gent 5 juni 2002, *T.Not.* 2003, 207; Kh. Ieper 23 juni 2003, *RW* 2005-06, 468 en *TRV* 2006, 64, noot K. GEENS; Kh. Namen 22 februari 1990, *TRV* 1991, 234, noot H. LAGA en *RPS* 1990, 125; Kh. Brussel 1 februari 1985, *TBH* 1985, 724.

⁴¹ Zie hierover: S. STIJNS en F. VAN LIEMPT, “Derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk” in S. STIJNS en P. WERY, *De raakvlakken tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, (169) 200; R. KRUTHOF, “De gevolgen van het contract” in R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak inzake verbintenissen (1981-1989)”, *TPR* 1994 (171) 559; Y. MERCHERS, “La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude”, *RCJB* 1984, (366) 376.

⁴² E. SCHLUMBERGER, *Les contrats préparatoires à l'acquisition de droits sociaux*, Parijs, Dalloz, 2013, 485, nr. 574; J. DEWEZ, “Le régime du pacte de préférence et les sanctions de sa violation: nouvelles perspectives”, *TBBR* 2008 (429) 435; D. BERT, “Substitution du bénéficiaire d'un pacte de préférence dans les droits du tiers acquéreur” (noot onder Cass. fr. civ. 14 februari 2007), *JCP* 2007, afl. 31-35, nr. 10143, (26) 28-29; M. VANWUICK-ALEXANDRE, “Le pacte de préférence ou le droit de conclure par priorité” in M. VANWUICK-ALEXANDRE en P. WERY (eds.), *Le processus de formation du contrat*, Luik, Larcier, 2004, (133) 171-172, nr. 46; B. FERON, “Les conventions d'actionnaires après la loi du 13 avril 1995”, *TBH* 1996, (674) 691-693; P. DE WOLF en B. FERON, “Les conventions d'actionnaires. Une évolution inachevée”, *DAOR* 1991, afl. 21, (29) 33-34; J. DE VISSCHER, *Le pacte de préférence*, Brussel, Bruylant, 1938, 127.

⁴³ Cass. 27 april 2006, *Arr.Cass.* 2006, 993, *RW* 2009-10, 236 en *TBBR* 2008, 507, noot J. DEWEZ; Cass. 30 januari 1965, *Pas.* 1966, I, p. 538; P. HARMEL, *Théorie générale de la vente. Droit commun de la vente in Rép.not.*, Brussel, Bruylant, 1985, 126, nr. 78; J. DABIN, “De la sanction de la violation d'un pacte de préférence, accordé à trois enfants, devenus ultérieurement héritiers, quand l'immeuble a été vendu à deux d'entre eux à l'exclusion du troisième” (noot onder Cass. 30 januari 1965), *RCJB* 1966, (81) nr. 4. Frankrijk: G. RIPERT en J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, III, Parijs, LGDJ, 463, nr. 1368; G. MARTY en P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Sirey, 1962, 97, nr. 112.

⁴⁴ R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 19-23.

⁴⁵ Cass. 24 maart 1976, *Pas.* 1976, I, p. 829; C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 757; R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 587; M.E. STORME, “Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 2008, (703) 740, nr. 52; M. PUELINCKX-COENE, “Maakt een clause van onvervreemdbaarheid de geschonken goederen ook onbeslagbaar? Maakt elke vervreemding de herroeping van de schenking onmogelijk?” (noot onder Antwerpen 26 maart 1984), *RW* 1985-86, (1772) nrs. 7-9.

⁴⁶ M.E. STORME, *Zekerheden- en insolventierecht, II*, Gent-Mariakerke, 2013, 520. Vgl.: C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 742, nr. 764.

⁴⁷ M.E. STORME, *Zekerheden- en insolventierecht, II*, Gent-Mariakerke, 2013, 519-521; C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 742, nr. 764; F. LICARI, “L'incessibilité conventionnelle de la créance”, *Rev.jur.comm.* 2002, (66) nr. 24. Zie ook in de rechtspraak: Cass. 22 oktober 2002, *RTD civ.* 2003, 129, noot P. CROCQ.

vennootschapsaandelen de contractuele verhouding tussen de aandeelhouder en de vennootschap, die door de statuten worden beheerst, vertegenwoordigen⁴⁸. Statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen zijn daarom inherent aan de aandelen. Een beroep op derde-medeplichtigheid aan contractbreuk en het herstel in natura is dan niet noodzakelijk om de nietigheid te vorderen⁴⁹. Anders is het voor overdraagbaarheidsbeperkingen die overeengekomen worden tussen aandeelhouders onderling in een aandeelhoudersovereenkomst, die deel uitmaken van een andere contractuele verhouding en daarom “externe” modaliteiten vormen⁵⁰. Steeds meer auteurs aanvaarden vandaag de *erga omnes*-tegenstelbaarheid van statutaire overdraagbaarheidsbeperkingen⁵¹. Die “zakelijke werking” van statutaire bepalingen sluit aan bij het Nederlands recht, waar de niet-naleving van een statutaire blokkeringsregeling de ongeldigheid van de overdracht met zich meebrengt (art. 2:87, eerste lid en 2:195, derde en vierde lid NBW)⁵². Ook in de Franse *société par actions simplifiée* is elke overdracht in strijd met een statutaire clausule nietig (L.227-15 C.Com.). De “*indisponibilité réelle*” volgt, anders dan wat bepaalde rechtsleer stelt⁵³, niet enkel uit het vervreemdingsverbod en uit het goedkeuringsbeding, maar ook uit het voorkoopbeding⁵⁴. Een voorkoopbeding creëert immers niet enkel een wilsrecht maar, zoals elk optierecht⁵⁵, eveneens een accessoire verbintenis om iets niet te doen, met name het vervreemden van het goed tijdens een bepaalde periode⁵⁶. In die zin achtte de Nederlandse rechtsleer de zakelijke werking *ex* artikel 2:195, derde lid NBW, dat aan-

vankelijk enkel op de goedkeuringsclausule betrekking had, per analogie van toepassing op het voorkooprecht⁵⁷.

B. Rechterlijke toewijzing van goed

11. MOGELIJKHEID OM RECHTEN UIT TE OEFENEN NA NIETIGVERKLARING – De nietigverklaring van de koopovereenkomst impliceert in principe dat het goed moet worden teruggegeven aan de verkoper. Ondanks de nietigverklaring van de koopovereenkomst, herwint de belover niet de vrijheid om al dan niet het goed te verkopen. De voorwaarde waaronder de contractbelofte is aangegaan, is immers vervuld⁵⁸. De belover had de intentie om het goed te verkopen, terwijl een derde bereid was om het goed aan te kopen. De nietigverklaring van de koopovereenkomst doet daaraan geen afbreuk. Dat impliceert dat de begunstigde van het beding de mogelijkheid heeft om de rechten die hij aan het beding ontleent uit te oefenen. Anders dan wat uit de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie kan worden afgeleid⁵⁹, is het dus niet vereist dat de begunstigde aantoonde dat hij op het ogenblik van de wanprestatie de intentie had om het recht uit te oefenen. Dit is immers strijdig met de regel dat afstand van recht niet wordt vermoed (*nemo res suas jactare praesumitur*)⁶⁰. Het is daarentegen aan de belover om te bewijzen dat de begunstigde uitdrukkelijk of stilzwijgend afstand heeft gedaan van zijn voorkoop- of voorkeurrecht⁶¹.

48. K. GEENS, “De derde-medeplichtigheid is overbodig om miskenningen van statutaire aanvaardings- en voorkooprechten te sanctioneren” (noot onder Kh. Ieper 23 juni 2003), *TRV* 2006, 69-70. Zie ook: K. GEENS en M. WYCKAERT, “Doorwerking van het gemeen contractenrecht in het vennootschappelijk rechtspersonenrecht” in *Preadviezen 2013 – Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Boom, BJU, 2013, (235) 298-299.

49. I. PEETERS, “Kunnen beperkingen van de overdraagbaarheid van aandelen van een N.V. jegens een derde-verkrijger enkel afgedwongen worden op grond van het leerstuk van de derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk?”, *TRV* 1991, 511-516; K. GEENS, “De derde-medeplichtigheid is overbodig om miskenningen van statutaire aanvaardings- en voorkooprechten te sanctioneren” (noot onder Kh. Ieper 23 juni 2003), *TRV* 2006, 69-70. Voorz. Kh. Gent 14 november 1997, *TRV* 1998, 54 (overdraagbaarheidsbeperking in een aandeelhoudersovereenkomst).

50. R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 673-676; B. TILLEMEN, “Statutaire variaties inzake overdrachtsbeperkingen bij niet-publieke naamloze vennootschappen” in F. BUYSENS, K. GEENS, H. LAGA, B. TILLEMEN en A.L. VERBEKE (eds.), *Vennootschapsrechtelijke clausules voor het notariaat*, Gent, Larcier, 2011, (255) 262-263; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 500, nr. 929; I. PEETERS, “Kunnen beperkingen van de overdraagbaarheid van aandelen van een N.V. jegens een derde-verkrijger enkel afgedwongen worden op grond van het leerstuk van de derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk?”, *TRV* 1991, 511-516.

51. P. VAN SCHILFGAARDE, J. WINTER en J.B. WEZEMAN, *Van de BV en de NV*, Deventer, Kluwer, 2013, 133.

52. B. TILLEMEN, “Statutaire variaties inzake overdrachtsbeperkingen bij niet-publieke naamloze vennootschappen” in F. BUYSENS, K. GEENS, H. LAGA, B. TILLEMEN en A.L. VERBEKE (eds.), *Vennootschapsrechtelijke clausules voor het notariaat*, Gent, Larcier, 2011, (255) 264, nr. 17; E. POTTIER, “Les cessions d’actions ou de parts au sein des sociétés anonymes, des sociétés privées à responsabilité limitée et des sociétés coopératives” in O. CAPRASSE (ed.), *Le statut des actionnaires (S.A., S.P.R.L., S.C.) – questions spéciales*, Brussel, Larcier, 2006, (7) 50-51; P. DE WOLF en B. FERON, “Les conventions d’actionnaires. Une évolution inachevée”, *DAOR* 1991, afl. 21, (29) nrs. 8 en 12-13.

53. R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 676, nr. 763.

54. V. WITHOFS, *Contractoverdracht*, doctoraatsthesis rechten, KU Leuven, 2015, nr. 129.

55. Kh. Brussel 1 februari 1985, *TBH* 1985, (724) 726.

56. J.B. HUIZINK, “De zakelijke werking van blokkeringsregelingen”, *De naamloze vennootschap*, 1999, (67) 68-69; C.A. SCHWARZ, *Blokkering van aandelen*, Deventer, Kluwer, 1986, 21; P.J. DORTMOND, *Enige beschouwingen rondom aandelen*, Deventer, Kluwer, 1989, 30-34.

57. Vgl.: J.M. NELISSEN GRADE, “Goedkeurings- en voorkoopclausules in de naamloze vennootschap. Overeenkomsten betreffende de uitoefening van het stemrecht” in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, Kalmthout, Biblo, 1992, (53) 78.

58. Cass. fr. 26 mei 2006, *D.* 2006, 1861, noot P.Y. GAUTHIER en noot D. MAINGUY, *RTD civ.* 2006, 550, noot J. MESTRE en B. FAGES; D. BERT, “Substitution du bénéficiaire d’un pacte de préférence dans les droits du tiers acquéreur” (noot onder Cass. fr. civ. 14 februari 2007), *JCP* 2007, afl. 31-35, nr. 10143, (26) 29.

59. Cass. 19 september 1997, *Arr. Cass.* 1997, 84; Cass. 14 juni 1995, *Arr. Cass.* 1995, 608; S. JANSEN, “Afstand van recht: een eenzijdige rechtshandeling” (noot onder Cass. 24 december 2009), *TBBR* 2011, (333) 338; C. DUCOIN, *Essai d’une théorie générale de la renonciation en droit civil français*, Lyon, Poncet, 1913, 77.

60. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, II, Antwerpen, Intersentia, 2000, 912.

12. GEEN RECHTERLIJKE TOEWIJZING BIJ VOORKEURRECHT – De vraag of de rechter bij vonnis de goederen kan toewijzen aan de begunstigde, wordt vervolgens bepaald door de aard van dat recht. Bij een voorkeurrecht is dat in beginsel niet mogelijk, vermits een bijkomend akkoord tussen de partijen daarbij vereist is (*supra*, nr. 5)⁶². De rechter mag het goed niet toewijzen tegen betaling van de door de derde betaalde of te betalen prijs, vermits dat zou impliceren dat de rechter zelf het contractuele evenwicht bepaalt, wat strijdig is met de contractvrijheid. De rechter mag evenwel de belover verplichten om mee te werken aan de totstandkoming van de koopovereenkomst⁶³.

13. WEL RECHTERLIJKE TOEWIJZING BIJ VOORKOOPRECHT – Bij een voorkeurrecht daarentegen komt de koopovereenkomst tot stand door het lichten van de optie, wat behoudens andersluidende afspraak overigens een vormvrije rechtshandeling is⁶⁴. Wanneer de begunstigde de nietigverklaring van de overeenkomst vordert, uit de begunstigde zijn wil om de optie te lichten en is de rechter bijgevolg ertoe gehouden om vast te stellen dat een koopovereenkomst tot stand is gekomen⁶⁵. De rechterlijke uitspraak geldt dan als titel van eigendomsoverdracht⁶⁶. Deze constructie is vergelijkbaar met het

substitutierecht van de pachter bij de schending van zijn wetelijk voorkeurrecht (art. 51 pachtwet). De rechterlijke toewijzing van het goed wordt aanvaard door het Franse Hof van Cassatie⁶⁷ en krijgt ook in de Belgische rechtspraak en rechtsleer steeds meer steun⁶⁸. Bepaalde rechtsleer sluit de rechterlijke toewijzing van het goed nochtans uit op grond van de overweging dat de verkopende aandeelhouder zijn aandelen mogelijks niet zou hebben verkocht, indien hij niet zeker was geweest dat hij de aandelen kon verkopen aan de derde⁶⁹. Een dergelijk argument valt echter niet te verzoenen met de bindende kracht van overeenkomsten. De belover kent aan de begunstigde immers een recht toe onder de opschortende voorwaarde dat hij een koopovereenkomst wenst te sluiten. Behoudens andersluidend beding, kan de intentie om enkel aan één welbepaald persoon te verkopen, de vervulling van de voorwaarde niet verhinderen. Een andere opvatting zou neerkomen op de mogelijkheid van de belover om eenzijdig de voorwaarde te wijzigen waaronder het optierecht tot stand kwam. Om die reden kent het Duitse recht de regel dat een ontbindende voorwaarde in een koopovereenkomst (met een derde) voor het geval de begunstigde zijn voorkeurrecht uitoefent, voor niet geschreven moet worden gehouden (§ 465 BGB)⁷⁰.

§ 3. BEOORDELING VAN HET ARREST

14. NIETIGHEID VAN KOOPVEREENKOMST OP GROND VAN DERDE-MEDEPLICHTIGHEID, ONDANKS STATUTAIRE AARD VOORKOOPRECHT – In de zaak die tot het geannoteerde arrest aanleiding heeft gegeven, is er sprake van een statutaire overdraagbaarheidsbeperking. De statuten schrijven voor dat de aandeelhouder die zijn aandelen wenst te vervreemden, de raad van bestuur hiervan in kennis moet stellen “*en lui communiquant l’identité précise du cessionnaire, le nom-*

bre de titres à céder, les conditions de la cession envisagée (...)”. De raad van bestuur moet vervolgens de overige aandeelhouders uitnodigen om het voorkeurrecht (*droit de préemption*) uit te oefenen binnen een periode van minstens 2 maanden. *In casu* verkoopt de meerderheidsaandeelhouder (de belover) zijn volledige participatie aan een derde. Hij kan niet bewijzen dat de statutaire procedure is nageleefd en zowel de rechter in eerste aanleg als de beroepsrechter leiden

⁶². A. MIGNON-COLOMBET, *L’exécution forcée en droit des sociétés*, Parijs, Economica, 2004, 265, nr. 3270.

⁶³. Rouen 9 december 1999, *RJDA* 2000, nr. 669.

⁶⁴. I. NAJJAR, *Le droit d’option: contribution à l’étude du droit potestatif et de l’acte unilatéral*, Parijs, LGDJ, 1967, 297-298.

⁶⁵. A. MIGNON-COLOMBET, *L’exécution forcée en droit des sociétés*, Parijs, Economica, 2004, 239-240, nr. 263, nr. 322.

⁶⁶. Gent 12 november 2009, *T.Not.* 2010, 254; M. DAMBRE, “Overzicht van rechtspraak. De verkoop uit de hand van onroerende goederen (2005-2010)” in *Rechtskroniek voor het notariaat*, Deel 18, (91) 100.

⁶⁷. Cass. fr. 14 februari 2007, *RTD civ.* 2007, 768, noot B. FAGES; Cass. fr. 26 mei 2006, *D.* 2006, 1861, noot P.Y. GAUTHIER en noot D. MAINGUY, *RTD civ.* 2006, 550, noot J. MESTRE en B. FAGES.

⁶⁸. Gent 12 november 2009, *T.Not.* 2010, 254; Gent 5 juni 2002, *T.Not.* 2003, 207; Kh. Ieper 23 juni 2003, *RW* 2005-06, 468 en *TRV* 2006, 64, noot K. GEENS; Kh. Namen 22 februari 1990, *TRV* 1991, 234, noot H. LAGA en *RPS* 1990, 125; Kh. Brussel 1 februari 1985, *TBH* 1985, 724; Rb. Kortrijk 16 februari 1950, *JT* 1952, 557; B. TILLEMANS, “Statutaire variaties inzake overdrachtsbeperkingen bij niet-publieke naamloze vennootschappen” in F. BUYSENS, K. GEENS, H. LAGA, B. TILLEMANS en A.L. VERBEKE (eds.), *Vennootschapsrechtelijke clausules voor het notariaat*, Gent, Larcier, 2011, (255) 265-269; O. CAPRASSE en R. AYDOGDU, *Les conflits entre actionnaires. Prévention et résolution*, Brussel, Larcier, 2010, 204-205, nr. 153; J. DEWEZ, “Le régime du pacte de préférence et les sanctions de sa violation: nouvelles perspectives”, *TBBR* 2008 (429) 431, nr. 5; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, “Le pacte de préférence ou le droit de conclure par priorité” in M. VANWIJCK-ALEXANDRE en P. WÉRY (eds.), *Le processus de formation du contrat*, Luik, Larcier, 2004, (133) 176, nr. 53; J.M. NELISSEN GRADE, “Goedkeurings- en voorkeurenclausules in de naamloze vennootschap. Overeenkomsten betreffende de uitoefening van het stemrecht” in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, Kalmthout, Biblo, 1992, (53) 78; H. LAGA, “Het leerstuk van de derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk toegepast op de schending van statutaire aanvaardings- en voorkeurenclausules” (noot onder Kh. Namen 22 februari 1990), *TRV* 1991, (241) 242-243; P. VAN OMMESLAGHE, “Les conventions d’actionnaires en droit belge”, *RPS* 1989, (289) 303.

⁶⁹. K. GEENS, “De derde-medeplichtigheid is overbodig om miskenningen van statutaire aanvaardings- en voorkeurenclausules te sanctioneren” (noot onder Kh. Ieper 23 juni 2003), *TRV* 2006, (69) 70; K. GEENS, “L’opposabilité d’une clause statutaire d’agrément ou de préemption” in A. BENOÎT-MOURY, J. ALBERT en C. GEORGES (eds.), *Liber amicorum. Commission Droit et Vie des Affaires (1957-1997)*, Brussel, Bruylant, 1998, (507) 522-523, nr. 24.

⁷⁰. *Anders*: Cass. fr. 21 januari 1971, *JCP* 1971, nr. 16885, noot P. OURLIAC en M. DE JUGLART.

daaruit af dat de minderheidsaandeelhouder (de begunstigde) niet in de mogelijkheid is gesteld om zijn voorkoopprecht uit te oefenen, waardoor er sprake is van een schending van de statuten. Hoewel een statutaire overdraagbaarheidsbeperking *ipso facto* een derde bindt (*supra*, nr. 10), verklaart het hof van beroep de overeenkomst met de derde slechts nietig na de kwade trouw van de derde te hebben vastgesteld.

15. GEEN TOEWIJZING VAN AANDELEN AAN BEGUNSTIGDE, ONDANKS VERVULLING VOORWAARDE – Over de vraag of de aandelen aan de begunstigde moeten worden toegewezen, verschillen de rechtbank van koophandel en het hof van beroep van mening. Hoewel de clausule niet letterlijk in het geannoteerde arrest is overgenomen, kan uit het feitenrelaas worden afgeleid dat het *in casu* om een voorkoopprecht gaat, vermits de begunstigde de aandelen kan verwerven tegen de met een derde overeengekomen voorwaarden (*right of first refusal*). Aangezien dit als een voorwaardelijke optieovereenkomst valt te beschouwen, kan de begunstigde op de aandelen aanspraak maken nadat het voorkoopprecht is geschonken (*supra*, nr. 13). Dat is ook het oordeel van de rechter in

eerste aanleg, die de aandelen aan de begunstigde toewijst tegen betaling van de met de derde overeengekomen prijs, met name 1 EUR per aandeel. Het hof van beroep hervormt het bodemvonnis op dit punt. Het hof stelt namelijk vast dat er sprake is van “fraude”, vermits de verkoop aan een derde deel uitmaakte van een plan om de aandelen tijdelijk te onttrekken aan het gemeenschappelijke vermogen van de belover en zijn echtgenote, die in een echtscheidingsprocedure verwickeld zijn. Het feit dat de derde de aandelen kort na de verkoop heeft teruggeschonken, ondersteunt die vaststelling. Het hof overweegt vervolgens – met verwijzing naar Geens⁷¹ – dat wanneer “*il s'avère peu probable que l'actionnaire vendeur ait offert ses actions s'il avait dû respecter le pacte de préférence, l'adjudication ne constitue pas la réparation la plus appropriée*”. Zoals hierboven aangehouden (*supra*, nr. 13), valt een dergelijke argumentatie niet te verantwoorden. Door de verkoop aan de derde heeft de begunstigde een onherroepelijk recht verkregen om de aandelen te verwerven tegen de overeengekomen voorwaarden. Frauduleuze intenties, in hoofde van de belover zelf, kunnen uiteraard geen afbreuk doen aan het bestaan van dat recht⁷².

⁷¹. K. GEENS, “L’opposabilité d’une clause statutaire d’agrément ou de préemption” in A. BENOÎT-MOURY, J. ALBERT en C. GEORGES (eds.), *Liber amicorum. Commission Droit et Vie des Affaires: 1957-1997*, Brussel, Bruylant, 1998, (507) 522-523, nr. 24.

⁷². Aan een rechtshandeling mag immers enkel de uitwerking worden ontnomen in de mate dat dit noodzakelijk is om te verhinderen dat het bedrieglijk beoogde resultaat wordt bereikt: A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 325, nr. 300.